



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Demokratie und Marktwirtschaft - Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-78088>
Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2013). Demokratie und Marktwirtschaft - Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation. In: Good, Andrea; et al. Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht: Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 121-134.

Demokratie und Marktwirtschaft

Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation

ANDREAS HEINEMANN

Inhaltsverzeichnis

Demokratie und Marktwirtschaft.....	1
Einleitung	1
I. Direkte und indirekte Organisationsformen.....	2
II. Ziele direkter Organisation	4
III. Demokratieprinzip und Unabhängigkeit der Kartellbehörde	6
IV. Rechtsstaatsprinzip und Sanktionskompetenz der Kartellbehörde ..	8
V. Direkte Demokratie und die nachhaltige Sicherung des marktwirtschaftlichen Systems	10
VI. Schlussbetrachtung	11
Verzeichnis der Publikationen	12

Einleitung

Demokratie und Marktwirtschaft sind Typen dezentraler Organisation: Die Staatsgewalt wird nicht auf einen Monarchen oder auf Oligarchen zurückgeführt, sondern geht vom Volk aus.¹ Entsprechend gilt für die Wirtschaft, dass die ökonomischen Entscheidungen nicht in der Hand einer zentralen Planungsinstanz liegen, sondern dezentral auf Märkten getroffen werden. Eine weitere Entsprechung existiert: Nicht nur die Marktwirtschaft setzt auf den Wettbewerbsmechanismus, sondern auch für das politische System gilt: "Demokratie braucht Konkurrenz."²

Es fragt sich, ob sich die Gemeinsamkeiten hierin erschöpfen, oder ob eine weitere Parallele gezogen werden kann: Kann die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter, nämlich repräsentativer Demokratie,³ auch auf das

¹ S. hierzu Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'Etat, 2. Aufl., Bern 2006, Rn. 581 ff.

² Auer Andreas, *Demokratie braucht Konkurrenz*, Aargauer Zeitung v. 25. Oktober 2009.

³ Die Begriffe stellen Idealtypen dar. Zu Mischformen, insbesondere der halbdirekten Demokratie, s. Kaufmann Christine, in Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, Zürich, St. Gallen 2011, S. 40 ff. Zur Relativität der Unterscheidung zwischen direkter und repräsentativer Demokratie s. Auer/Malinverni/Hottelier (oben Fn. 1), Rn. 608. Verfassungen nehmen in der Regel keine ausdrückliche Selbsteinschätzung in dieser Frage vor. Eine Ausnahme ist Art. 10 Abs. 1 EUV: "Die Arbeitsweise der Union beruht auf der repräsentativen Demokratie." Grundlegend zur Frage, ob Elemente direkter Demokratie in das EU/EG-System auf-

Gebiet der Wirtschaft übertragen werden? Gibt es – wenn zwar nicht vom Begriff, aber doch von der Sache her – direkte und indirekte Marktwirtschaft? Die folgende Skizze ist Andreas Auer gewidmet, bei dem ich Mitte der 1980er Jahre an der Universität Genf Verfassungsrecht studieren durfte, und dem ich zu meiner grossen Freude an der Universität Zürich wiederbegegnet bin.

I. Direkte und indirekte Organisationsformen

Die direkte Demokratie zeichnet sich dadurch aus, dass die Wahlberechtigten unmittelbar über politische Sachfragen abstimmen und damit ihre Repräsentanten überspielen können.⁴ Überträgt man das zugrunde liegende Organisationsprinzip auf das Gebiet der Wirtschaft, besteht die Direktheit hier darin, dass die Entscheidungen unmittelbar von den Marktteilnehmern getroffen werden und keine Intermediäre dazwischen treten. Mit dem Begriff des Intermediärs sind hier nicht Vertreter, Absatzmittler oder dergleichen gemeint.⁵ Es ist vielmehr die grundsätzliche Frage zu stellen, welche Vorgänge im System der Marktwirtschaft den getroffenen Entscheidungen ihren unmittelbaren Charakter nehmen könnten.

Eine Spur findet sich im Generalbericht der Preisbildungskommission aus dem Jahr 1957.⁶ Die Kommission stellte einen hohen Kartellierungsgrad in der Schweiz fest, den sie auch "auf den föderalistischen Charakter unserer Demokratie und auf die räumliche Dezentralisation und die mannigfaltige Struktur unserer nationalen Wirtschaft" zurückführte.⁷ Man könne sich "der Tatsache nicht verschliessen, dass sich Verbände zwischen das Individuum und den Staat eingeschoben haben, die nicht nur als wirtschaftliche Machtstellungen, sondern auch *als nicht mehr ausschaltbare gesellschaftliche*

genommen werden sollten, s. Auer Andreas/Flauss Jean-François (Hrsg.), *Le référendum européen*, Brüssel 1997. S. auch den Zwischenruf von Auer Andreas, *Europa und die Demokratie*, NZZ v. 29.11.2011, S. 23.

⁴ S. die Präzisierung bei Auer/Malinverni/Hottelier (oben Fn. 1), Rn. 604: Eine Demokratie ist nicht schon dann direkt, wenn das Volk weitere Kompetenzen als das Wahlrecht hat. Es ist darüber hinausgehend zu verlangen, dass das Gebrauchmachen von diesen weiteren Kompetenzen nicht vom Willen eines anderen Staatsorgans, wie z.B. dem Parlament oder der Exekutive abhängt.

⁵ Obwohl durch das Internet in Form von Web 2.0 bzw. Social Media ganz neue Formen der Direktheit zwischen Produzenten und Konsumenten geschaffen werden, die manche Sektoren wie z.B. die Musikindustrie revolutionieren könnten.

⁶ Preisbildungskommission, *Kartell und Wettbewerb in der Schweiz*, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957. S. zum Kontext des Berichts Stoffel Walter A., *Swiss Competition Law: Where from and where to?*, Mélanges Pierre Tercier, Genf, Zürich, Basel 2008, S. 677 (678 ff.).

⁷ Preisbildungskommission (oben Fn. 6), S. 51.

Gegebenheiten zu werten sind".⁸ Zwar hatte das Bundesgericht in seiner Boykottrechtsprechung das Persönlichkeitsrecht von Aussenseitern verteidigt und damit für Ausschlussituationen die individuelle Wirtschaftsfreiheit in den Vordergrund gestellt.⁹ Angesichts der damals festzustellenden Kartell-dichte änderte dies aber nichts daran, dass das Verständnis wirtschaftlicher Freiheit eher korporativ denn individuell war.¹⁰

Für unseren Zusammenhang ist dieser Befund von grundlegender Bedeutung. Sind die am Markt angebotenen oder nachgefragten Leistungen nicht das Ergebnis unverfälschten Wettbewerbs, sondern wird die Unmittelbarkeit des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage durch Wettbewerbsabreden oder andere Wettbewerbsbeschränkungen aufgelöst, ist die wirtschaftliche Organisationsform keine direkte mehr. Es handelt sich dann um Kartell- und Monopolwirtschaft bzw. "Verständigungswirtschaft" in der Form von Gruppenvereinbarungen oder ständischen Ordnungsprinzipien.¹¹

Hieraus ergibt sich die folgende Begriffsbestimmung: Direkte Marktwirtschaft ist ein Wirtschaftssystem, in dem die Wirtschaftsteilnehmer ihre individuellen Pläne verfolgen, ohne dass Dritte dazwischentreten bzw. eine Koordination mit Dritten erfolgt. Indirekt ist eine Marktwirtschaft hingegen dann, wenn der wirksame Wettbewerb durch private Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt wird. Um es plakativ zu formulieren: Direkte Marktwirtschaft ist ein auf dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit basierendes Wirtschaftssystem, das über ein wirksames Kartellgesetz verfügt. Nicht das Kartellrecht, sondern privates Verhalten, das den Wettbewerb beschränkt, ist als Massnahme gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit einzustufen.¹²

⁸ Ebenda, S. 37 (Hervorhebung im Original). Der Begriff des "Verbands" ist zu zwei Dritteln deckungsgleich mit dem Begriff des "Kartells": "Von 1013 Verbänden können wir bei 647 oder rund zwei Dritteln (64 Prozent) mit einiger Sicherheit annehmen, dass es sich um Kartelle handelt" (ebenda, S. 51).

⁹ S. Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rdnr. 144 ff.

¹⁰ S. die Analyse von Thier Andreas, Schweizerische Kartellrechtstradition und "more economic approach", FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 621 (626).

¹¹ Zu den verschiedenen Typen der Wirtschaftsverfassung s. Eucken Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Tübingen 1990, S. 144 ff.; Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795 (797 ff). Bei Schluep findet sich eine weitere Dimension von "Direktheit", nämlich das Verhältnis von Kartellrecht und Persönlichkeitsschutz zum Wettbewerb: "Das KG schützt den Wettbewerb nicht mehr indirekt unter dem Titel des Persönlichkeitsschutzes und der gesamtgesellschaftlichen Saldierung, sondern *direkt und unmittelbar*. Der Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit und die Diagnose der volkswirtschaftlichen Unschädlichkeit werden damit zu *Reflexwirkungen der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs*" (ebenda, S. 807, Hervorhebungen im Original).

¹² S. näher Heinemann Andreas, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 43 (67).

II. Ziele direkter Organisation

Als Vorteile der direkten Demokratie werden regelmässig folgende Aspekte genannt: Unmittelbare Partizipation sorgt dafür, dass die Bürger nicht darauf beschränkt werden, im Abstand von einigen Jahren bestimmten Kandidaten, Parteien oder Programmen die Stimme zu geben, sondern sie können über konkrete Fragen selbst entscheiden. Missstände können thematisiert werden, wodurch politische Stabilität zumindest langfristig gestärkt wird.¹³ Der Wille der Stimmbürgerschaft schafft Legitimität für Grundsatzentscheide (z.B. auch in der Europapolitik).¹⁴ Direkte Beteiligung macht zufriedener, ja glücklicher.¹⁵

Die Ziele der direkten, d.h. kartellfreien Marktwirtschaft unterscheiden sich auf den ersten Blick hiervon, da die Besonderheiten des Subsystems Wirtschaft im Vordergrund stehen. Der wirtschaftliche Wettbewerb hat die Aufgabe, für eine optimale Faktorallokation zu sorgen, das Einkommen leistungsgerecht zu verteilen, den Grundsatz der Konsumentensouveränität zu verwirklichen, die Anpassungsflexibilität zu vergrössern und den technischen Fortschritt zu fördern.¹⁶ Eine Beziehung zur politischen Sphäre wird dadurch hergestellt, dass nach der zumindest in der Schweiz und in Europa vorherrschenden Auffassung der wirtschaftliche Wettbewerb auch eine gesellschaftspolitische Funktion hat, nämlich Macht begrenzen soll, um damit zu einer Gewaltenteilung im wirtschaftlichen Bereich zu gelangen.¹⁷ Letztlich bestehen also Parallelen zwischen Volkssouveränität und Konsumentensouveränität.

Eine weitere Parallele besteht in folgendem Zusammenhang: Der *Public Choice*-Ansatz hat die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, dass nicht nur die Wirtschaftsteilnehmer, sondern auch die politischen Repräsentanten nach Mehrung ihres eigenen Nutzens streben. Politiker verbessern ihre Wahlchancen dadurch, dass sie Massnahmen zugunsten der eigenen Klientel unterstützen oder besondere Offenheit gegenüber den Anliegen gut organisierter Interessengruppen zeigen. Aus der Perspektive der Unternehmen führt dies dazu, dass Ressourcen vermehrt in die Beeinflussung des politischen Prozesses investiert werden (*rent seeking*) und damit für den produktiven Prozess (*profit seeking*) verloren gehen.¹⁸

¹³ Auer Andreas/Serdült Uwe, Le c2d: regard indiscret dans un laboratoire de recherche sur la démocratie directe, Jusletter 25. Juni 2007, Rdnr. 20 f.

¹⁴ Auer Andreas, Erfahrungen und Perspektiven der schweizerischen Demokratie mit der EU und der EU mit der direkten Demokratie, SZIER 2011, 123 (124).

¹⁵ Frey Bruno S./Stutzer Alois, Happiness, Economy and Institutions, 110 The Economic Journal 918 (2000).

¹⁶ Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, Genf, Zürich, Basel 2012, S. 30 f.

¹⁷ Zäch (oben Fn. 9), Rdnr. 41, 45.

¹⁸ Grundlegend zu *profit seeking* und *rent seeking* s. Tullock Gordon, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft, 5 Western Economic Journal 224 (1967); Krueger Anne,

Es stehen mehrere Gegenmassnahmen zur Verfügung, von denen hier der Systemwettbewerb, die direkte Demokratie und die Einrichtung unabhängiger Institutionen hervorgehoben seien. Der Systemwettbewerb kann zwischen verschiedenen Ländern stattfinden. Er ist aber auch innerhalb ein und desselben Staatswesens möglich. Letzteres setzt föderale, möglichst finanzautonome Untereinheiten voraus. Erhöhen sich die öffentlichen Abgaben, weil die Durchsetzung von Partikularinteressen zu einer Erhöhung der Abgabenlast führt, kann die Abwanderung von Wirtschaftsteilnehmern in andere föderale Einheiten oder in andere Länder für Gegensteuer sorgen.¹⁹ Druck entsteht allerdings nur, wenn die Gefahr der Abwanderung tatsächlich existiert, was von einer Gesamtbilanz abhängen wird.

Zweitens ermöglichen es die Instrumente direkter Demokratie, öffentliche Projekte zu verwerfen, die nicht dem Wählerwillen entsprechen. Für die Schweiz sind in diesem Zusammenhang die Finanzreferenden in Kantonen und Gemeinden von besonderer Bedeutung.²⁰

Und drittens gibt es die Möglichkeit, bestimmte Fragen unabhängigen Instanzen zu überantworten, die ausserhalb des politischen Tagesgeschäfts stehen.²¹ Typische Beispiele sind die Notenbank²² und die Kartellbehörde.²³

Direkte Demokratie und das durch eine unabhängige Kartellbehörde gesicherte Wettbewerbssystem haben also, auch wenn sie nicht auf derselben Stufe stehen,²⁴ gemeinsame Ziele.²⁵

The Political Economy of the Rent-Seeking Society, 64 American Economic Review, 291 (1974).

¹⁹ Blankart Charles B., Föderalismus, direkte Demokratie und Besteuerung: Eine Theorie der Schweiz, ifo-Schnelldienst 12/2011, 13 ff.: Den niedrigen Schuldenstand der Schweizer Kantone führt der Autor nicht so sehr auf die Existenz formaler Schuldenbremsen zurück, sondern auf das auch faktisch durchgesetzte No-Bailout-Regime, also die Gewissheit, dass der Bund bei finanziellen Problemen eines Kantons nicht einspringen wird. Zur Nichthaftung von Kantonen für Schulden ihrer Gemeinden unter dem Gesichtspunkt der Aufsichtspflichtverletzung s. BGer v. 3.7.2003, 2C.1/2001 und 2C.5/1999 (Leukerbad).

²⁰ S. hierzu Feld Lars P./Matsusaka, John G., Budget referendums and government spending: evidence from Swiss cantons, 87 Journal of Public Economics 2703 (2003).

²¹ Zum Schutz vor politischer Vereinnahmung s. beispielsweise Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008, S. 165 ff.

²² Art. 99 Abs. 2 BV.

²³ Hierzu sogleich im Text. Einen Eindruck von der Vielfalt unabhängiger Behörden gibt der Tagungsband von Bellanger François/Tanquerel Thierry (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes – Journée de droit administratif 2010, Zürich, Basel, Genf 2011. Zur Vielfalt der Gründe für die Einrichtung spezieller Regulierungsbehörden s. in diesem Band den Beitrag von Varone Frédéric, L'indépendance des agences nationales de régulation, Rn. 41 ff.

²⁴ Die Grund- und Detailentscheidungen über die Ausgestaltung des Wirtschaftssystems sind im demokratisch verfassten Entscheidungsprozess zu treffen. Die Existenz eines Systems wirksamen und staatlich überwachten Wettbewerbs hängt also vom Gesetzgeber ab, der aber dem Auftrag in Art. 96 BV nachkommen muss.

²⁵ Sogar begrifflich kommen die beiden Prinzipien eng zusammen, wenn direkte Demokratie als geeignete Massnahme gegen Kartelle von Politikern beschrieben wird, s. Frey Bruno S./Stutzer Alois, Direct Democracy: Designing a Living Constitution, in Congle-

III. Demokratieprinzip und Unabhängigkeit der Kartellbehörde

Trotz der soeben beschriebenen Zielkompatibilität wird bisweilen bezweifelt, ob die Einrichtung unabhängiger Behörden, wie z.B. einer Kartellbehörde, mit dem Demokratieprinzip vereinbar sei.²⁶ Schliesslich gebietet es das Demokratieprinzip, dass das Volk ausreichende Kontrolle über die Ausübung der Staatsgewalt hat. Gem. Art. 169 Abs. 1 BV übt die Bundesversammlung die Oberaufsicht über den Bundesrat und die Bundesverwaltung, also auch über die Wettbewerbskommission aus. Der Bundesrat hat nach dem in Art. 174, 178 Abs. 1 S. 1, 187 Abs. 1 lit. a BV zum Ausdruck kommenden Hierarchieprinzip die Aufgabe, die Bundesverwaltung zu leiten und zu beaufsichtigen.²⁷

Das Demokratieprinzip schliesst eine unabhängige Gestaltung aber nicht aus. Diese kann aus verfassungs- oder völkerrechtlichen Grundwerten folgen²⁸ oder sich aus ausdrücklicher verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Anordnung ergeben.²⁹ Demokratische Legitimation wird ferner durch die gesetzliche Beschreibung der Aufgaben und Ziele hergestellt.³⁰ Ausserdem besteht personelle demokratische Legitimation, da der Bundesrat die Mitglieder der Wettbewerbskommission wählt (Art. 18 Abs. 1 KG). Gem. Art. 49 Abs. 2 KG erstattet die Wettbewerbskommission dem Bundesrat jährlich einen Tätigkeitsbericht. Zusätzlich, wenn auch nicht zwingend vom Demokratieprinzip vorgegeben, hat der Bundesrat die Möglichkeit, unzulässige Verhaltensweisen und Zusammenschlüsse aus überwiegenden öffentlichen Interessen zuzulassen, Art. 8 und 11 KG. Der Vorteil dieser Regel besteht darin, dass in der Entscheidungsfindung streng zwischen wettbewerbsrechtlicher Prüfung durch die Wettbewerbskommission und allgemeinpoltischer Bewertung durch die Regierung zu unterscheiden ist. Dies stellt einen grossen Fortschritt gegenüber den Vorgängergesetzen dar: Nach der Saldotheorie (s. Art. 29 KG 1985)

ton/Swedenborg (Hrsg.), *Democratic Constitutional Design and Public Policy*, Cambridge, MA, London 2006, S. 39 (43 ff.).

²⁶ S. beispielsweise Deschamps Marc, *L'expert ou le peuple? Deux attitudes polaires face à la politique de concurrence*, *Revue internationale de droit économique* 2012, 57 ff.

²⁷ Zum Unterschied der Kontrollfunktionen von Parlament und Regierung s. Müller Georg/Vogel Stefan, *Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben*, ZBl 111/2010, 649 ff. mwN.

²⁸ Beispielsweise folgt die Autonomie der Universitäten aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV, s. auch Art. 63a Abs. 3 S. 2 BV), s. Vogel (oben Fn. 21), S. 40.

²⁹ S. Art. 178 Abs. 3 BV. Für unseren Zusammenhang s. Art. 19 Abs. 1 S. 1 KG, der die Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission von anderen Verwaltungsbehörden anordnet. Vgl. ausserdem Art. 57a ff., insbesondere Art. 57b lit. c RVOG: Eine Ausserparlamentarische Kommission wird beispielsweise dann eingesetzt, wenn die Aufgabenerfüllung "durch eine nicht weisungsgebundene Einheit der dezentralen Bundesverwaltung erfolgen soll."

³⁰ Martenet Vincent, *Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes*, in Bellanger/Tanquerel (oben Fn. 23), S. 183 (203 f.).

war die damalige Kartellkommission dazu verpflichtet, auch allgemeinpolitische Gesichtspunkte in ihre Abwägungen einzubeziehen.

Die Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission bezieht sich nur auf das Verhältnis zu anderen Stellen der Exekutive.³¹ Selbstverständlich handelt die Wettbewerbskommission unter der Kontrolle der Gerichte, nämlich Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht.

Der Gerichtshof der Europäischen Union hatte sich jüngst am Beispiel eines datenschutzrechtlichen Falls mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Einsetzung unabhängiger Verwaltungsbehörden mit dem Demokratieprinzip vereinbar ist.³² Die Datenschutzrichtlinie verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten dazu, Kontrollstellen einzurichten, die ihre Aufgaben "in völliger Unabhängigkeit" (Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie) wahrnehmen. Die deutschen Bundesländer bevorzugten demgegenüber für die Datenverarbeitung im nichtöffentlichen Bereich Kontrollstellen unter staatlicher Aufsicht. Im Vertragsverletzungsverfahren verteidigte sich Deutschland mit dem Argument, eine weite Auslegung des Unabhängigkeitserfordernisses widerspreche dem Demokratieprinzip, das Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung verlange, die ihrerseits dem Parlament verantwortlich sei.

Diesem Argument konnte sich der Gerichtshof nicht anschließen: Aus dem Demokratieprinzip folge nicht, dass es keine öffentlichen Stellen geben dürfe, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig seien. Die Unabhängigkeit folge aus Gesetz oder Verfassung, und die unabhängigen Stellen "haben häufig Regulierungsfunktion oder nehmen Aufgaben wahr, die der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen, bleiben dabei aber an das Gesetz gebunden und der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen."³³ Ein Fehlen jeglichen parlamentarischen Einflusses komme zwar nicht in Betracht. Das Leitungspersonal könne aber von Parlament oder der Regierung bestellt werden. Ausserdem könnten die betreffenden Stellen verpflichtet werden, dem Parlament Rechenschaft über ihre Tätigkeit abzulegen.³⁴

Für unseren Zusammenhang ist festzuhalten, dass das Demokratieprinzip der Einrichtung einer unabhängigen Kartellbehörde nicht entgegensteht, wenn bestimmte Kautelen respektiert werden. Der dezentralen Verfassung der Wirtschaft in Form eines kartellfreien Wettbewerbssystems entspricht also die dezentrale Organisation der Wettbewerbsaufsicht. Eine wirksame Kontrolle von Wettbewerbsverfälschungen ist nur durch die Einrichtung einer unabhängigen Kartellbehörde zu erlangen, auch wenn hierdurch die demokratische Kontrolle durch Parlament und Regierung mediatisiert wird.

³¹ Auch hier ist sie nicht umfassend. Zur budgetären Eingliederung der Weko in die Bundesverwaltung s. Art. 24 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission, SR 251.1.

³² EuGH, 9.3.2010, Rs. C-518/07 – *Kommission/Deutschland*, Slg. 2010, I-1885.

³³ *Ibid.*, Tz. 42.

³⁴ *Ibid.*, Tz. 42-46.

IV. Rechtsstaatsprinzip und Sanktionskompetenz der Kartellbehörde

Eng mit der Demokratie ist das Rechtsstaatsprinzip verbunden.³⁵ Mehr noch als demokratiebezogene Bedenken in Bezug auf die Unabhängigkeit von Kartellbehörden sind in den letzten Jahren rechtsstaatliche Vorwürfe gegen kartellbehördliche Bussgeldkompetenzen erhoben worden. Die Kritiker sehen angesichts wachsender Bussgeldhöhe das Recht auf Entscheidung durch ein unabhängiges Gericht (Art. 30 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK) verletzt. Eine Verwaltungsbehörde dürfe nicht zugleich Untersuchungs-, Anklage- und Entscheidungsinstanz sein, da die Kartellbussen strafrechtlichen Charakter hätten und somit ein Gericht in erster Instanz entscheiden müsse. Gefordert wurde folglich, den Kartellbehörden die Bussgeldzuständigkeit zu entziehen und einem Gericht zu übertragen.³⁶

Über die richtige institutionelle Ausgestaltung der Kartellrechtsanwendung sollte sicherlich in gebührenden zeitlichen Abständen reflektiert werden. Es ist aber nicht zutreffend, dass die institutionelle Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz "rechtsstaatliche Probleme"³⁷ in sich berge. Schon vor dem einschlägigen *Leitentscheid*³⁸ ergab sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dass verschiedene Stufen strafrechtlichen Unrechts zu unterscheiden seien, und dass die Justizgrundrechte nicht mit derselben Intensität auf die verschiedenen Stufen anwendbar seien. Diese Aussage gilt nicht nur für Bagatellbeträge, sondern auch für Bussgelder in Millionenhöhe. Ausserhalb des strafrechtlichen Kernbestands können also Verwaltungsbehörden Geldsanktionen verhängen, wenn anschliessend ein Gericht angerufen werden kann, das mit voller Kognition entscheidet.³⁹

³⁵ Auer Andreas, Direkte Demokratie und Rechtsstaat, in: Biaggini/Müller G./Müller J. P./Uhlmann, Demokratie, Regierungsreform, Verfassungsfortbildung: Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, S. 31 (33): "Die Demokratie hingegen konnte nie, und kann auch heute nicht ausserhalb des Rechtsstaates irgendeine staatsrechtliche Bedeutung erlangen."

³⁶ Hirsbrunner Simon/Werner Jens, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, Jusletter 20. September 2010; Hofstetter Karl, EU Cartel Fining Laws and Policies in Urgent Need of Reform, GCP: The Antitrust Chronicle, November 2009 (2); Schwarze Jürgen/Bechtold Rainer/Bosch Wolfgang, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, Stuttgart 2008; Wildhaber Luzius, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter 4. Juli 2011.

³⁷ So aber die Botschaft des Bundesrates vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905 (3939).

³⁸ Hierzu sogleich bei Fn. 40.

³⁹ S. die Analyse der Rechtsprechung vor dem *Menarini*-Entscheid bei Heinemann Andreas, The Setting of Fines – Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law, 17th St. Gallen International Competition Law Forum – ICF 2010, Vol. 12, Basel 2011, S. 139 (145 ff.).

Im *Menarini*-Entscheid⁴⁰ hat der Strassburger Gerichtshof diese Grundsätze speziell für das Kartellrecht bestätigt. Kartellbussgelder sind strafrechtlicher Natur i.S. des Grundrechtsschutzes, bewegen sich aber ausserhalb des Kernstrafrechts, so dass sie von einer Kartellbehörde verhängt werden können, wenn anschliessend voller gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung steht. Im selben Sinn hatte bereits vorher das Bundesverwaltungsgericht,⁴¹ und haben hiernach der Europäische Gerichtshof,⁴² der EFTA-Gerichtshof⁴³ und das Bundesgericht⁴⁴ entschieden.

Die Diskussion um eine Reform der institutionellen Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung kann also frei von angeblichen rechtsstaatlichen Bedenken erfolgen. Der in der Botschaft zur KG-Revision unterbreitete Vorschlag für einen Übergang zum Gerichtssystem überzeugt nicht, da dem wichtigen Ziel der Effizienz der Kartellrechtsdurchsetzung nicht der angemessene Stellenwert zugemessen wird. Ein Gutachten zur institutionellen Ausgestaltung in wichtigen Kartellrechtsländern liegt vor.⁴⁵ Da hier nicht der Raum für Details ist, sei lediglich darauf hingewiesen, dass bei Reformen im institutionellen Bereich das Gesamtsystem im Auge zu behalten ist. Beispielsweise kennen die USA ein Gerichtssystem, soweit es um die Kartellrechtsdurchsetzung durch die Antitrust Division des Bundesjustizministeriums geht. In den USA werden aber 90 Prozent aller Kartellverfahren im Wege des *private enforcement* betrieben, so dass Verfahrensverzögerungen und andere Schwächen des Gerichtssystems durch den zivilrechtlichen Pfeiler kompensiert werden können. Wenn man nicht auf eine starke kartell-zivilrechtliche Tradition zurückgreifen kann, und wenn auch keine Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen geplant ist, empfiehlt es sich, beim Verwaltungssystem zu bleiben und dieses zu verbessern.⁴⁶ Die Möglichkeit der Verhängung direkter Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG) durch eine ausreichend ausgestattete Kartellbehörde ist im gegebenen System die beste Möglichkeit, die Kartellfreiheit der Marktwirtschaft zu garantieren.

⁴⁰ EGMR, Urteil 43509/08 v. 27.9.2011 – *A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italie*.

⁴¹ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242.

⁴² EuGH, 8.12.2011, Rs. C-386/10 P – *Chalkor/Kommission* (noch nicht in der amtlichen Sammlung); EuGH, 8.12.2011, Rs. C-389/10 P – *KME Germany u.a./Kommission* (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

⁴³ EFTA-Gerichtshof, 18.4.2012, Rs. E-15/10 – *Posten Norge*.

⁴⁴ BGer, 29.6.2012 – *Publigroupe* (die Urteilsbegründung liegt noch nicht vor).

⁴⁵ Baudenbacher Carl, Institutionelles Setting, Vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, Zivilrechtliche Verfahren, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bern 2009.

⁴⁶ S. Zimmer Daniel, Sanktionssysteme im internationalen Vergleich: Administrativentscheidung versus Gerichtliches Verfahren, in: FIW (Hrsg.), Sanktionen im Kartellrecht – Referate des 44. FIW-Symposiums, Köln 2011, S. 1 (9 f.).

V. Direkte Demokratie und die nachhaltige Sicherung des marktwirtschaftlichen Systems

Schliesslich soll die Frage nach dem *Verhältnis* von direkter Demokratie und Marktwirtschaft gestellt werden. Wie auch die Erfahrung mit der Subprime-, Finanz- und Wirtschaftskrise seit 2007 gezeigt hat, bedarf der marktwirtschaftliche Rahmen ständiger Anpassung. Es sollte dabei vorausschauend und langfristig, nicht bloss reaktiv und kurzfristig vorgegangen werden. Sind Demokratien mit ihrem an Amtsperioden ausgerichteten Kurzfristhorizont hierzu in der Lage?

Ausgangspunkt soll die Perspektive des einzelnen Wählers sein. Aus den Wirtschaftswissenschaften ist der Begriff der "rationalen Ignoranz" bekannt: Jemand verzichtet auf Informationsbeschaffung, weil die Kosten des Vorgangs höher sind als der Nutzen.⁴⁷ Der Public-Choice-Ansatz hat dieses Konzept auf die Sphäre der Politik übertragen.⁴⁸ Der Wähler hat hiernach geringe Anreize, sich über anstehende Wahlen und Abstimmungen zu informieren oder überhaupt daran teilzunehmen, da seine Stimme, einzeln betrachtet, den Wahl- oder Abstimmungsausgang wohl nicht entscheiden wird. Die Behavioral Economics gehen einen Schritt weiter, indem sie bereits die Grundannahme des nutzenmaximierenden *homo oeconomicus* bezweifeln. Verhaltensökonominnen haben eine grosse Anzahl kognitiver Verzerrungen herausgearbeitet, die zu einer falschen Einschätzung der Zusammenhänge und zu irrationalen Entscheidungen führen.⁴⁹ Im Bereich der Wahlen und Abstimmungen tritt hinzu, dass der Lerneffekt "falscher" Entscheidungen gering ist: Im Gegensatz zu Entscheidungen am Markt muss der Stimmende häufig nicht die Folgen seiner Entscheidung tragen, jedenfalls nicht direkt und individuell. Die Einschätzung ist deshalb weit verbreitet, dass die nötigen wirtschaftlichen oder politischen Reformen häufig nur dann gelingen werden, wenn sich ein Bewusstsein der Krise ausbreitet.

Eine klassische Frage der direkten Demokratie besteht darin, ob es (gerade) auch hier zu Informationsdefiziten und Wahlmüdigkeit kommt, da ja vom Wähler noch grösserer Einsatz als in der repräsentativen Demokratie gefordert ist.⁵⁰ Was die Frage der Transaktionskosten betrifft, so darf der Einfluss von Informationsbeschaffungskosten, insbesondere des hiermit verbundenen zeitlichen Aufwands nicht unterschätzt werden. So hat das Zentrum für Demokratie in Aarau am Beispiel der Schweiz ermittelt, dass die Anzahl der

⁴⁷ Ein verwandter Vorgang ist die "rationale Apathie": Opfer werden keine Massnahmen ergreifen (z.B. eine Schadenersatzklage erheben), wenn die Geltendmachung eigener Ansprüche z.B. wegen der Geringfügigkeit des individuellen Schadens nicht lohnt.

⁴⁸ Grundlegend Downs Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957.

⁴⁹ Eine Synthese findet sich bei Kahneman Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, London 2011.

⁵⁰ S. z.B. Kirchgässner Gebhard, *Direkte Demokratie*, Universität St. Gallen – Department of Economics, Discussion Paper no. 2010-26, St. Gallen 2010, Rn. 14 ff.

Abstimmungsvorlagen pro Termin eine negative Wirkung auf den Informationsstand der Stimmbürger hat.⁵¹ Andererseits ist fraglich, ob bei den Wählern solche Kosten-Nutzen-Kalküle im Vordergrund stehen. Die Erfahrungen zeigen, dass andere Motivationsfaktoren existieren, insbesondere intrinsisches Interesse an demokratischer Partizipation⁵² oder an den zur Abstimmung gestellten Fragen. Es ist anerkannt, dass direkte Demokratie einen positiven Einfluss auf die politische und wirtschaftliche Bildung der Bürger hat.⁵³ Dies zeigen auch die Abstimmungen mit Wirtschaftsbezug, in denen die Stimmbürger offenbar gegen kurzfristige Eigeninteressen gestimmt und den langfristigen Gesamtzusammenhängen den Vorzug gegeben haben.⁵⁴ Es wäre reizvoll, die Frage zu untersuchen, welchen Einfluss direkte Demokratie ganz allgemein auf kognitive Verzerrungen hat. Es lässt sich jedenfalls festhalten, dass das politische System der Schweiz offenbar über Mechanismen verfügt, welche nicht-nachhaltige Problemlösungen zurückdrängen und Langfristdenken fördern.⁵⁵

VI. Schlussbetrachtung

Direkte Demokratie und direkte, d.h. kartellfreie Marktwirtschaft haben gemeinsame Ziele: Partikularinteressen werden zurückgebunden, indem politische Intermediäre kontrolliert und korrigiert, bzw. die Wirtschaftsteilnehmer an einer Selbstaufgabe wirtschaftlicher Freiheit zum Nachteil der Allgemeinheit gehindert werden. Damit erweist sich das Kartellrecht als ein Korrelat zur direkten Demokratie auf dem Gebiet der Wirtschaft. Beiden Organisationsformen ist die Überzeugung gemein, dass das letzte Wort bei den Einzelnen und nicht bei den Intermediären liegen soll. Die Nachhaltigkeit von Problemlösungen wird hierdurch gefördert, wenn es gelingt, Interesse und Information auf hohem Niveau zu halten.

⁵¹ Kübler Daniel/Surber Michael/Christmann Anna/Bernhard Laurent, Mehr direkte Demokratie in der Aussenpolitik?, Zentrum für Demokratie Aarau 2012, S. 16 ff., insbesondere 27, mit einem Gesamtüberblick über die Determinanten der Stimmbeteiligung und der Abstimmungsqualität.

⁵² Frey/Stutzer (oben Fn. 25), S. 48; Güth Werner/Weck-Hannemann Hannelore, Do people care about democracy? An experiment exploring the value of voting rights, 91 Public Choice 27 (1997). Auf die berühmte Public-Choice-Frage "why do people vote?" geben sie die Antwort: "The individual right to vote appears to be something precious" (ibid., S. 40).

⁵³ Kirchgässner (oben Fn. 50), Rn. 26.

⁵⁴ So lehnten die Stimmbürger am 11. März 2012 die Volksinitiative "6 Wochen Ferien für alle" mit einer Mehrheit von 66,5 Prozent ab. Zu Recht weist Kirchgässner (oben Fn. 50, Rn. 63) aber darauf hin, dass man nicht auf einzelne Abstimmungen abstellen darf, sondern sich die allgemeine Frage stellen muss, ob die direkte Demokratie besser als die repräsentative Demokratie dazu in der Lage ist, nötige Reformen anzugehen.

⁵⁵ Zur niedrigen Verschuldungsanfälligkeit s. bereits oben bei Fn. 19.

Verzeichnis der zitierten Publikationen

- Auer Andreas, Direkte Demokratie und Rechtsstaat, in: Biaggini/Müller G./Müller J. P./Uhlmann, Demokratie, Regierungsreform, Verfassungsfortbildung: Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, S. 31
- Auer Andreas, Demokratie braucht Konkurrenz, Aargauer Zeitung v. 25. Oktober 2009
- Auer Andreas, Erfahrungen und Perspektiven der schweizerischen Demokratie mit der EU und der EU mit der direkten Demokratie, SZIER 2011, 123
- Auer Andreas, Europa und die Demokratie, NZZ v. 29.11.2011, S. 23
- Auer Andreas/Flauss Jean-François (Hrsg.), Le référendum européen, Brüssel 1997
- Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat, 2. Aufl., Bern 2006
- Auer Andreas/Serdült Uwe, Le c2d: regard indiscret dans un laboratoire de recherche sur la démocratie directe, Jusletter 25. Juni 2007
- Baudenbacher Carl, Institutionelles Setting, Vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, Zivilrechtliche Verfahren, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bern 2009
- Bellanger François/Tanquerel Thierry (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes – Journée de droit administratif 2010, Zürich, Basel, Genf 2011
- Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich, St. Gallen 2011
- Blankart Charles B., Föderalismus, direkte Demokratie und Besteuerung: Eine Theorie der Schweiz, ifo-Schnelldienst 12/2011, 13
- Deschamps Marc, L'expert ou le peuple? Deux attitudes polaires face à la *politique* de concurrence, Revue internationale de droit économique 2012, 57
- Downs Anthony, An Economic Theory of Democracy, New York 1957
- Eucken Walter, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Tübingen 1990
- Feld Lars P./Matsusaka, John G., Budget referendums and government spending: evidence from Swiss cantons, 87 Journal of Public Economics 2703 (2003)

- Frey Bruno S./Stutzer Alois, Happiness, Economy and Institutions, 110 The Economic Journal 918 (2000)
- Frey Bruno S./Stutzer Alois, Direct Democracy: Designing a Living Constitution, in Congleton/Swedenborg (Hrsg.), Democratic Constitutional Design and Public Policy, Cambridge, MA, London 2006, S. 39
- Güth Werner/Weck-Hannemann Hannelore, Do people care about democracy? An experiment exploring the value of voting rights, 91 Public Choice 27 (1997)
- Heinemann Andreas, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 43
- Heinemann Andreas, The Setting of Fines – Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law, 17th St. Gallen International Competition Law Forum – ICF 2010, Vol. 12, Basel 2011, S. 139
- Hirsbrunner Simon/Werner Jens, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, Jusletter 20. September 2010
- Hofstetter Karl, EU Cartel Fining Laws and Policies in Urgent Need of Reform, GCP: The Antitrust Chronicle, November 2009 (2)
- Kahneman Daniel, Thinking, Fast and Slow, London 2011
- Kirchgässner Gebhard, Direkte Demokratie, Universität St. Gallen – Department of Economics, Discussion Paper no. 2010-26, St. Gallen 2010
- Krueger Anne, The Political Economy of the Rent-Seeking Society, 64 American Economic Review, 291 (1974)
- Kübler Daniel/Surber Michael/ Christmann Anna/Bernhard Laurent, Mehr direkte Demokratie in der Aussenpolitik?, Zentrum für Demokratie Aarau 2012
- Martenet Vincent, Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes, in Bellanger/Tanquerel (s.o.), S. 183
- Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, Genf, Zürich, Basel 2012
- Müller Georg/Vogel Stefan, Oberaufsicht der Bundesversammlung über selbstständige Träger von Bundesaufgaben, ZBl 111/2010, 649

- Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957
- Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795
- Schwarze Jürgen/Bechtold Rainer/Bosch Wolfgang, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, Stuttgart 2008
- Stoffel Walter A., Swiss Competition Law: Where from and where to?, Mélanges Pierre Tercier, Genf, Zürich, Basel 2008, S. 677
- Thier Andreas, Schweizerische Kartellrechtstradition und "more economic approach", FS Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 621
- Tullock Gordon, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft, 5 Western Economic Journal 224 (1967)
- Varone Frédéric, L'indépendance des agences nationales de régulation, in: Bellanger/Tanquerel (s.o.), S. 37
- Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008
- Wildhaber Luzius, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter 4. Juli 2011
- Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005
- Zimmer Daniel, Sanktionssysteme im internationalen Vergleich: Administrativentscheidung versus Gerichtliches Verfahren, in: FIW (Hrsg.), Sanktionen im Kartellrecht – Referate des 44. FIW-Symposiums, Köln 2011, S. 1